



POR EL SEñOR MARQVES de Cabrega, con la Señora Doña Iosepha de Gurrea, y con la Señora Doña Elena de Gurrea, y Don Antonio Benavides.

SOBRE EL INCIDENTE SVMARISSIMO de Reposicion de el Estado de Villahermosa.

PENDIENTE EN EL PROCESSO DOMNÆ IOANNÆ de Pernestan.



1 POR muerte de el Excelentissimo Señor Don Carlos de Gurrea y Aragon, vltimo Duque de Villahermosa, pretenden la succession de dicho Estado diversos Contendores, assi en el nuevo Processo de sequestro, y aprehension, intitulado: *Ioannis Francisci Calvo, super Apprehensione*, como en el Processo antiguo, que se instruyò el año 1598. intitulado *Domnæ Ioannæ de Pernestan*, donde todos suplican la reposicion, ò subroga-

rogacion en los derechos, è instancias, que ganò el Duque D. Francisco, en las quales estuvo sequestro hasta su muerte el vltimo posseedor de los bienes sequestrados: Y aviendo visto la informacion, que se escriviò por el Marques, para la declaracion, que obtuvo de ser parte, y oido en esta Causa; mucho mas de lo que podrè satisfacer con mi aplicacion a su patrocinio, quedarè deviendo a su Autor en la enseñanza que logro; pudiendo repetir lo que dixo el Jurisconsulto Papiniano *in l. Aquilius Regulus 27. ff. de donationib.* ibi: *Me eloquentia, & diligentia tua meliorem reddidisti*, y Seneca *de Beneficijs lib. 6. cap. 4.* ibi: *Æstimatione facta, debitor discede, qui creditor veneras*; por referirse en èl con ordenada puntualidad todos los autos, y diligēcias de el pleyto, y fundarse con solida doctrina, quanto conduce a vna patente demostracion de la justicia, que assiste al Marques para la subrogacion que pretende. Mas aviendo participado el Consejo la razon de dudar que se ofrece para la decisiō de este incidente, *resumendo facile, ac breviter totam causæ substantiam*, como dixo Fontanela *decis. 461. num. 11.* devo solicitar su satisfacion, exponiendo a su grave censura los fundamentos juridicos en que puedo afianzar este desempeño, siguiendo el dictamen de Heringio *de fideiusor. in præfat.* ibi: *Satius est ex varijs prudentiæ Authoribus optima quæque congerere, quam propriæ industriæ viribus excogitata periculose proferre.*

Dize la Duda.

Resultando de la sentencia, y motivos de esta causa, que los derechos, instancias, y acciones, que ganò Don Francisco de Gurrea, y Aragon, fue en virtud de los vinculos contenidos en el testamento de el Duque Don Martin, y que estos no fenecieron por la muerte de el Duque Don Carlos, por constar de los meritos de el Processo, que los Contendores, que pretenden reponerse, estàn llamados en dichos vinculos; parece, que la reposicion, que pretende el Marques de Cabrega, con libertad, como heredero de el Duque Don Carlos, no procede.

RESPVESTA.

2 Hallase el Marques heredero escrito en el testamento de el Duque Don Carlos, vltimo posseedor, y Comissario de Corte de los bienes sequestrados en este Processo, y como tal funda la subrogacion q̄ pretende en la disposicion juridica de la ley final, *Cod. de edicto Divi Adriani tollendo*, ibi: *Mittatur quidem in possessionem earum rerum, quæ testatoris mortis tempore fuerunt*; con la qual conforma la ley *2. tit. 14 part. 6.* ibi: *Devele meter en possession en tenencia de los bienes de la heredad, è de todas las cosas, que el testador avia a la sazon que finò*; y esto no obstante que sean bienes de Mayorazgo, como advierte Gregorio Lopez *in dict. l. 2. gloss. 9. verb. De todas las otras cosas*, ibi: *Videtur ex hoc, quod si defunctus possidebat aliqua bona titulo maioriæ, quod etiam in illis hæres mitti debet in possessionem, prout etiam est in feudalibus.* Lo mismo dixo Valenzuela *cons. 35.*

num.

*nu.*51.*&* 52.ibi:*Non obstante exceptione maioratus, debet missio in possessionem concedi, interim dum proprietatis quæstio terminatur. Et hoc non solum procedit in filia, quæ petat in possessionem mitti; sed in sorore vltimi possessoris, & in alio quocumque hærede scripto*; y lo repitiò en el *conf.*40. *num* 66. ibi: *Rursus, quia exceptiò per N. opposita, quod Violans non potuit disponere vocando D. Christophorum scriptum successorem non impedit missionem in possessionem dictæ Baroniæ, & Locorum, ex edicto Divi Adriani.* Y Peña in recollect. ab Illustrissimo D. Francès *decis.*889.*num.*14.ibi:*Præterea cum habeant fundatam intentionem tanquam hæredes immitti debent in possessionem omnium bonorũ defuncti, etiamsi essent feudalia.*

3 Cuyas doctrinas fundan en la assistencia de derecho,que resulta à favor de el heredero escrito, con sola la ostensiõ de el testamento legitimo, y solemne, con que se incluye;el qual por su naturaleza tiene pronta execucion,y con singularidad en los juizios sumarissimos de inmission, donde solo deve atender el Juez à la apariencia extrinseca de la Escritura, como dixo Peregrino *de fideicomis.art.*48.*num.* 30. *versic. Et quia*, ibi: *Et quia in materia ista summarissimæ missionis Iudex solam testamenti apparentiam extrinsecam sequitur*,y Argelo *de legitimo contradictore,quæst.*11.*art.*4.*num.* 51. ibi: *Tertiò,quia apud omnes receptum videtur Iudicem sequi debere apparentiam, & debere moveri,prout prima facies testamenti demonstrat.*

4 Y aunque no es dudable, que podrà oponerse,y admitirse la excepcion de vinculos contra el heredero escrito de el vltimo posseedor; como dicha excepcion pertenece al juizio de propiedad,necessita el que la opusiere de estàr expressamente nombrado en la Escritura con que se incluye,para que en virtud de ella, pueda obtener la inmission,y embaraçar la que pide el heredero escrito,ex Peregrino *de fideicomis.art.*47.*num.*71. ibi: *Item si fideicomissarius non esset nominatus in testamento, & opus esset liquidatione, quæ altiorem requireret indaginem, vltra quam in istis possessorijs adipiscendæ permittatur, hæres, constituendus esset possessor*, y lo confirma Mieres *de Maiorat.part.*3.*quæst.*15.*num.*30. ibi: *Fidei commissarius, qui offert se incontinenti probare de fidei comisso per inspectionem testamenti,cum non sit nominatus in eo,si per interpretationem verborum,quæ in testamento continentur,velit eius intentionem probare,talis probatio non est admittenda iudicio possessorio, sed reservari debet in iudicium proprietatis.*

5 De estas reglas juridicas,comprobadas con estas, y otras muchas doctrinas q̃ se omiten por evitar mayor prolijidad,tuvo principio la practica de nuestro Reyno,q̃ advierte Suelv. en el *conf.*33. *lib.*3.donde prueba,que en Aragon solamẽte en dos casos se decretan reposiciones con vinculos, *vel in filio, vel cum persona, quæ illam petit nominata est in scriptura,quã instãtia obtenta fuit,vt n.*18.resultando de todo su cõtexto,y de el juzgado q̃ obtuvo,reformando el pri-

mero, por averse desviado de esta practica, que para el incidente sumarissimo de reposicion solamente deve verificar el heredero escrito, que el testador al tiempo de su muerte tenia la tenuta, ò como dezimos, era Comissario de Corte, y que en virtud de su testamento, se halla legitimo successor suyo; sin atender a los instrumentos que sirvieron de merito para justificar la Comission de Corte, que ganò en Processo el Señor de la instancia, si en ellos no estuviere literalmente nombrado el que pide la reposicion con vinculos: Doctrina que se halla calificada por el motivo que diò esta Real Audiencia en la sentencia que pronunciò en el Processo *Prioris Prædicatorum*, sobre la reposicion de los Condes de Fonclara, ibi: *Versamur enim in iudicio non solum possessorio, & sumarissimo, sed continuante executionem sententiæ litis pendentiæ admodum privilegiatæ; vbi solum agitur de executione, iam facta prosequenda, & personæ in locum vltimi immissi subroganda*; pudiendo servir de puntual exornacion lo que dixo Valenzuela *cons.* 35. *num.* 53. ibi: *Rursus quia titulus quo prætendunt D. Petrus, & D. Francisca impedire missionem in possessionem vltra illius incertitudinem, non procedit à dicto Francisco Enriquez de cuius successione, & hæreditate tractatur, sed à dicto Alphonso, vt asseritur; ideoque non sunt legitimi contradictores; nam ille solum dicitur legitimus contradictor qui ex titulo habito à proxime defuncto possidet*; citando muchos, y clasicos Autores en comprobacion de su acreditada censura.

6 Es la razon juridica, en que fundan estas proposiciones, la notoriedad con que deve inculirse el que pide reposicion, como dixo el mismo motivo, ibi: *Qui secundum allegata immiti notoriè non valet, notoriè itidem repellendus venit*; y como no hallandose literalmente nõbrado en la Escritura de el Mayorazgo, el que pide reposicion con vinculos, no puede alegar titulo notorio para incluirse, y subrogarse en la instancia de tenuta, ò Comission de Corte, que gozava el vltimo posseedor; se infiere con evidencia, que la excepcion de vinculos, opuesta por quien no estuviere nõbrado en la Escritura, con que se exercitò la instancia, ò fuere hijo de el vltimo posseedor, ni puede ser eficaz para embaraçar la inmissiõ de el heredero escrito, ni para obtener con ella decreto de reposicion.

7 Como resulta de los Autos, no ha probado alguno de los Contendores de el Marques ser hijo de el vltimo posseedor de los bienes sequestrados, ni se halla literalmente nombrado en el testamento de el Duque Don Martin, que es la Escritura con que Don Francisco ganò la Sentencia; y consiguientemente no se incluyen en la forma, que devieran para poder obtener la subrogacion, que suplican, segun los principios de derecho, y practica de el Reyno, que van fundados.

8 Incluyense como descendientes de Doña Aldonça, hermana de el Vinculante, pretendiendo, que la instancia incoada

por

por el possedor de el Mayorazgo, passa à todos los que tuvieren llamamiento en la Escritura de el vinculo; y suponiendo por cierta esta proposicion, prosigue la duda, que aviendo ganado Don Francisco de Gurrea las instancias de este Processo, con los vinculos contenidos en el testamento de el Duque Don Martin; y resultando de el mismo Processo, que estàn llamados en dichos vinculos los que con ellos piden reposicion, no procede la que suplica el Marquès, como heredero escrito en el testamento de el Duque Don Carlos.

9 Y assi toda la dificultad consiste en satisfacer el supuesto de la duda; para lo qual se deve tener presente, que no es lo mismo tener derecho para litigar la sucession, y dominio de los bienes, y suceder en la instancia para obtener reposicion, como se infiere de el texto poco vulgar, *in l. Et post edictum* 73. §. 20. *de judicijs, & vbi quisque, &c.* ibi: *An verò salva quidem lis est, verum instantia tantum edicti perijt? Et magis est vt instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit*; D. Reg. Sesse *decis.* 89. *in princ.* Amat. *resol.* 86. *num.* 13. Y assi, aunque los contemplados à la sucession de vn Mayorazgo puedan litigar en vn Processo plenario possessorio, ù de propriedad, el derecho de suceder, por estàr llamados, y aver llegado el caso de su llamamiento; no por esso se infiere, que sean indubitados sucessores de la instancia, para que como tales devan ser repuestos en la que huviere ganado el que litigò; pues para poderse valer de los efectos de aquella Sentencia (que es lo que se logra por el medio de la subrogacion) deve constar en Processo de las tres identidades, que considerò el derecho en los juizios; para que dentro de ellas se contengan los efectos de las sentencia, iuxta text. in *l. cum quæritur, ff. de excep. rei iudic.* ibi: *Cum quæritur hæc exceptio noceat, necne? Inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem, idem ius, & an eadem causa petendi, & eadem conditio personarum; quæ nisi omnia concurrunt, alia res est*; optimè Scacia *de sent. & re iudic. gloss.* 14. *quæst.* 2. *num.* 9. ibi: *Declara primo principaliter nunc, vt res iudicata, quæ imponit vltimum finem liti, non extendat vires suas vltra personas, res, & causas, seu iura comprehensa in sententia, & re iudicata.*

10 Don Francisco de Gurrea litigò en este Processo la sucession de el Estado de Villahermosa, y se incluyò con el llamamiento especial de su persona, que se lee en el testamento de el Duque Don Martin, su Padre, para el caso, que llegò, de faltar Don Hernando, y sus descendientes masculos, y Don Martin segundo, y su descendencia masculina; el qual quedò calificado con la sentencia, que obtuvo; y assi el que pretendiere subrogarse en aquella instancia, para gozar el fruto de la Comission de Corte, y continuar à su beneficio la execucion de aquella sentencia; deverà representar la persona de Don Francisco, que litigò, y ganò la instancia, como medio preciso para la subrogacion; y como esta representacion sea inpracticable por quien no estu-

viere literalmente nombrado en la Escritura, con que se formò la instanci à, ò fuere hijo de el vltimo posseedor; tambien parece, que deverà serlo el decretar reposicion à favor de quien no tenga alguna de dichas calidades.

11 Y à lo sumo podria representar la persona de Don Francisco el que constare ser descendiente suyo masculo; pues aviendo litigado en este Processo la sucession de los bienes aprehensos; assi por aver constituido linea de sucession para sì, y toda su descendencia masculina, como por ser de la misma naturaleza, y calidad el derecho de los que se deribaren de ella; se podia entender, que todos avian litigado representative en este Processo; pero hallandose los Contedores de el Marquès en tan diversa, y remota linea, como es la de Doña Aldonza, dificilmente se puede considerar representacion alguna, en que poder fundar la identidad de la persona que litigò, como se requiere segun derecho, para la continuacion de las sentencias, y sus efectos, por el medio de la subrogacion, como con singularidad advierte Larea *decis. 35. num. 6.* ibi: *Idque maximè procedit, cum in hoc casu Ioannes, adversus quem instantiam transire Petrus volebat, non esset antecessoris hæres, vel descendens, sed eius colateralis; quo casu licet sententiam eorum substineremus, qui nocere tradunt successori maioratus, iudicium cum possessore discusum, ipsi Interpretes accipiunt, quando successor descendens fuit possessoris; nam cum maioratus succesio linealis sit, qui præocupat gradum, lineæ totius ius in litem deducit, & ideo poterit sequentibus in linea nocere; sed in transversalibus, in quibus diversa linea successionum subintrat, cum hæc non vigeat ratio prædictam opinionem non admittunt, vt constat ex pluribus, quos refert Menochius vbi supra. Et facit ratio, quia ideo ad successorem transit instantia prioris iudicij cum eadem persona, cum prædecessore fingatur, & illum repræsentet; in colateralibus autem, quando succeditur ex repræsentatione, succedens non venit ex propria persona, sed velut successor illius, quem repræsentat... Quia nisi datur continuatio Personæ, & causæ non debet instantia continuari.*

12 Y lo repitiò en el *num. 36.* ibi: *Quia ex prædictis poterit facilè occurri in hoc casu, cum totius lineæ ius in iudicium deduseretur, qui litem à prædecessore intentatam subierit,* & melius *num. 41. in fine,* ibi: *Et licet ab Institutore maioratus causa provenire videatur, successor verò locum subintrare prædecessoris, qui totam causam eius lineæ in litem deduxit, & primum locum obtinuit iudicij exercendi, etiam probavimus.*

13 Se sirviò V. S. dudar en las informaciones en voz, que passando à todos sus descendientes las instancias de el predecessor, que litigò; tambien deveràn passar à todos los descendientes de las demàs lineas, aunque sean posteriores, por no poderse considerar entre ellas razon de diferencia, que persuada lo contrario; Mas al parecer es conocida la diversidad de vno, y otro caso;

ſo; porque la ſentencia pronunciada con el aſcendiente, que litiga en virtud de ſu llamamiento, como es principalmente intereſſado, y legitimo contradictor en juizio, aprovecha, y perjudica à toda ſu deſcendencia, por ſer vno miſmo el derecho con que ſe formò la inſtancia, ſe defendiò la lite, y ſe ganò la ſentencia; la qual no puede perjudicar, ni aprovechar à las lineas poſteriores, que tienen ſus llamamientos de diverſa calidad, para diſtintos tiempos, y caſos, y totalmente ſeparados de la linea anterior; pues para defender el derecho de los que ſe incluyen con diverſo vinculo, y diſtinto llamamiento; ni fue, ni pudo ſer legitimo contradictor Don Franciſco de Gurrea *leg. cum non iuſto, ff. de colluſ. detegenda*, ibi: *Cum non iuſto contradictore quis ingenuus pronuntiatus eſt; perinde inefficax eſt decretum, ac ſi nulla res iudicata interveniſſet*; y muy à nueſtro intento Baldo *in l. ingenuus, 2. lectura, num. 3. ff. de ſtatu hominum*, ibi: *Debet ergo eſſe talis litigator ad quem, vt ita dixerim, pertineat ius in capite, ita quod alij ſint ſub eo, ſicut membra ſunt capiti*; & conducunt verba textus *in l. 1. §. Denuntiari, ff. de ventre inſpiciendo*, ibi: *Denuntiari autem oportet his, quos prima ſpes ſucceſſionis contingit*, ibi: *Hæredi inſtituto, non etiā ſubſtituto*, punctim Addentes ad Molinam *lib. 4. cap. 8. num. 11.* ibi: *Quia eo eventu ſententia cum legitimo contradictore non fertur, & legitimus contradictor poſſeſſor maioratus; non vero ſucceſſor cenſeri debet, niſi ille qui habet ius de præſenti, & cui principaliter negotiū tangit.*

14 Infiriendoſe de todo lo dicho, que para poderſe aprovechar de los efectos de vna ſentencia, es indiſpenſable, que aya litigado en Proceſſo, vere, vel repreſentative, el que pretende valerſe de ella; y no aviendo litigado por ſi, ni pudiendo repreſentar la perſona de Don Franciſco, los Contendores de el Marques, por no ſer deſcendientes ſuyos, les falta la calidad juridica de legitimos contradictores, para poder verificar la primera identidad, que ſe requiere ſegun derecho, para la continuacion de las inſtancias, y efectos de la ſentencia, como queda dicho, y prueba Amato *reſol. 86. num. 13.* ibi: *Cæterum inſtantia cum defuncto inchoata in hæredem non tranſit, quando actoris perſona eſt aliquo modo annihilata, ita vt repræſentari non poſſet; nam & ſi tunc in eius bonis ſuccedi poſſit, inſtantia, & iudicium ab eo inchoatum non tranſit in eius hæredem, & univerſalem iurium ſucceſſorem*, que es lo que dixo Baldo *lib. 3. conſ. 121. num. 10. in fin.* ibi: *Cum igitur Pater de ſuo iure ſe litigando ſubmiſerit, extincto illo iure tanquam extincta materia, ſuper qua inſtantia iudicij conſiſtebat, materiatum ipſum, & ſic iudicium ſolvi neceſſe eſt* Valenz. *conſ. 60. num. 32.*

15 Tampoco pueden probar la ſegunda identidad, incluyendoſe con el miſmo derecho con que litigò Don Franciſco en eſte Proceſſo, y obtuvo la tenuta, ò Comiſſiō de Corte; pues ſolo deduxo en juizio el llamamiento literal de ſu perſona, por aver faltado Don Hernando, y Don Martin ſegundo, ſus hermanos, y ſus

des-

descendientes masculos; y consiguientemente, ni se disputò, ni decidiò derecho alguno de los que nuevamente pueden pretēder la sucession de los bienes aprehensos, ò sequestrados; y falta vno de los requisitos principales, para que pueda aprovechar, ni perjudicar aquella sentencia a los que se incluyen con diverso llamamiēto, *ex l. 7. §. 1. ff. de except. rei iudic*: ibi: *Quoties apud Iudicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est, & §. 4.* ibi: *Et generaliter* (vt Iulianus definit) *exceptio rei iudicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur, l. si mater 11. §. 4. in fine*, ibi: *Alia enim causa fuit prioris dominij haec nova, nunc accessit, l. si ex testamento 20.* ibi: *Nec obstaturam ei exceptionem, quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset, nec Iudex in iudicio sensisset, l. ex sex tante 30. §. 1.* ibi: *Nihil enim in suo iudicio de iure eius statutum videretur, ff. eodem titulo*: punctim Larea *decis. 34. num. 71.* ibi: *Dicendum est non fuisse iudicium tentum adversus Ioannem, sed eius matrem in qua velut faemina diversa ratio consideratur, & quoties rem iudicatam potuit diversa causa movere, exceptionem non producit; & passim apud Iuris Consultos, & interpretes non competere rei iudicatae exceptionem quando aliqua personarum, vel causae disparitas insinuatur.*

16 Con què siendo diverso el derecho con que se ganò la instancia, diversa la persona que litigò, y distinta la linea, no parece que puede aver capacidad en este Processo para decretar reposicion a favor de quien no tuviere llamamiento literal en la escritura de el Mayorazgo cō que se incluye, ò fuere descendiente de el que exercitò la instancia, ò hijo de el vltimo posseedor; pues lo mismo se observa para conocer si las sentencias pronunciadas con el predecessor aprovechan a sus sucessores, que para averiguar si les dañan, ò perjudican, ex traditis à Mieres *de maiorat. 4. part. quaest. 14. num. 17.* ibi: *In quo puncto animadverto ad conclusionem singularem, quod sicut sententia lata contra possessorem maioratus nocet in suis casibus successoribus, eodem modo prodest*, Parladorus *lib. 2. rerum quotidianarum, cap. fin. 3. part. §. 3. num. 1.* Amato *resolut. 86. num. 1.*

17 Todo lo qual tiene mayor ponderacion, siendo possible, que el fundador de el Mayorazgo le instituyera, y formara de rigurosa agnacion hasta determinadas personas, haziendole despues regular, como dixo Don Ioseph de Rosa *consult. 69. num. 24.* ibi: *Nec est novum, quod maioratus vsque ad certas personas sint agnatitij, exinde vero fiant regulares*, Molin. *de primogenijs, lib. 1. cap. 5. num. 37. & lib. 3. cap. 5. num. 50. in fin.* vbi eius Additionator in numeros affert, Peregrino *de fideicomis. art. 25. num. 26.* Lara *in Compend. vitae hominis cap. 30. num. 114.* Lo qual haze mas aplicable lo que dixo Suelves *dict. consil. 33. num. 27.* ibi: *Nam respondetur, quod cum sint distincti maioratus agnationis, & masculinitatis*, vt consta ex Molina, &c. *Cum sub agnationis qualitate non petierit, sed solum masculi, plusquam petijt illi concedi non potuit.*

18 Y no aviendose disputado hasta aora el llamamiento de

la

la linea de Doña Aldonza, no parece, que se puede considerar en este Processo instancia capaz de reposicion à favor de sus descendientes; pues lo contrario seria suponer vna sentencia, que no se ha dado para gozar de los efectos de la sentencia, que se diò; sin mas calificacion de su derecho, que la materialidad de averse llevado à Processo la Escritura, con que se pretenden incluir; y la presuncion, y conjetura de que el Juez calificò todo su contenido, no leyendose en la sentencia clausula, que suponga semejante conocimiento, que es à lo què se deve atender, per text. *in l. 1. ff. de his, quæ in testament. delent.* ibi: *Legi autem sic accipiendum, non intelligi, sed oculis perspici, quæ sunt scripta*; optimè Baldus *in leg. 2. C. de Patribus, qui filios suos distrax.* ibi: *Littera est, quæ oculis cernitur, non autem, quæ conjectura ata mente colligitur*; siendo tá notoria, como se dexa conocer, la diferencia, que ay de aver litigado con vna Escritura, que contiene vinculos; y aver disputado todos los vinculos contenidos en ella. Singularmente no aviendo entonces necessidad, ni capacidad de examinarlos, y siendo tan diverso el llamamiento de Don Francisco de el que pueden pretender los Contendores de el Marquès; pues el vno fue literal, se deduxo en juizio, y quedò calificado con la sentencia; y el otro es de dilatada inclusion, y se trae nuevamente à Processo, formando nueva, y distinta instancia, como lo requiere la diversidad de ambos llamamientos, *ex leg. ex facto, §. Item quæritur, ff. de vulgari,* ibi: *Et magis est etiam in vtroque eorum, ius suum separatim servare, leg. æquissimum, §. si prius, ff. de bonorum possess. secundum tab.* ibi: *Nec sibi iungitur, cum in suam quisque causam substitutus est; leg. Lucius 45. in princip. ff. de vulgar.* ibi: *Respondi ad 1. casum non existentium hæredum substitutionem, de qua quæritur, pertinere, non ad sequentem*; optimè Ioannes Faber *in §. sin minus, instit. de actionibus, num. 3.* ibi: *Non potest dici idem iudicium, ex quo instantia mutatur.*

19 Y en confirmacion de que se requiere nuevo juizio, y Processo, quando en el primero no se disputò el derecho, que se pretende, ni el Juez le pudo tener presente, por aver sobrevenido despues la causa, de donde nace la accion, con que se litiga, como en nuestro caso, es puntual el texto *in l. non potest, ff. de judicijs*, ibi: *Non potest videri in iudicium venisse id quod post judicium cœptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est.* De cuya decision es razon elegante la que advierte Antonio Fabro *in rationali ad eundem textum*, ibi: *Non de alia re iudicium accipi potest, quam de qua lis contestata fuit, cum vetus iudiciorum mos, & ritus ille esset, vt post litem contestatam iudex à Prætore daretur, & quidem per formulam certis, solemnibusque verbis conceptam, cui sic adstrictus, & addictus erat Iudex, vt ab ea recedere nullatenus posset; proinde si quid post iudicium acceptum accidat novi, de quo nec Prætor in concipienda, dictandaque iudicij formula quidquam expresserit, fatendum est totum id extra Iudicis Officium esse, novamque interpellationem fieri debere,*

vt & nova contestatio fiat, & aliud, novumque iudicium accipiatur. quem laudat, comprobat, & commendat D. Alphonsus de Olea *de cess.iur.tit.6.quæst.9.num.*37.

20 Y assi tratandose en este incidente de introducir la sucession de los bienes aprehensos, ò sequestrados en diferente linea de la que constituyò, y formò Don Francisco de Gurrea para sì, y todos sus descendientes masculos, y siendo tan diverso el derecho, que aora se ofrece examinar, para decidir la pretension contraria; el decretar reposicion con vinculos en este Processo, seria subrogar al que la pide en vna instancia, formada con vn derecho, que toda via no se ha deducido en juizio, y contrario al que se deduxo; y continuar à su favor la execucion de vna sentencia pronunciada con meritos de masculinidad, pretendiendo su execucion, y continuacion con nuevos meritos, diversificativos de el Mayorazgo, que arreglò la sentencia, y la instancia, y que requieren nuevo examen, conocimiento, y averiguacion, y cõtra la naturaleza de el juizio sumario de inmission; pues en estos terminos se deve introducir nueva lite, è instruir distinto Processo, ex Salgado *de retentione Bullarum 2.part. cap.13. num.* 9. ibi: *Quodquidem penitus contingit in hoc iure tertij comparentis exclusivè, & ad infringendum iura competitorum noviter accedentis, quia suum ab istorum iure independenter se habet, & consideratur, atque ideò acta iam gesta, & res iudicata iam obtenta inter primos collitigantes huic tertio comparenti, nec prosunt, nec nocet.*

21 Sin que al parecer pueda ser de consideracion el que en los Mayorazgos, ò fideicomissos, todos los llamados, y sucessores entre sì tienen derecho proprio, separado, è independiente, quando llega el caso de su llamamiento; porque esto procede para que cada vno de por sì pueda litigar la sucession, que pretende en vn juizio plenario, ù de propriedad, conformandose con la disposicion de el Fuero *A vezes de apprehens.* vt suprà probavimus; Mas no en el juizio sumarissimo de reposiciõ, ex optimè congestis à D. Christophoro de Paz *de Tenuta, cap.29.n.29.* ibi: *Quibus non obstant in contrarium adducta, nempè lex vltima, C. de edicto D. Adriani tollend. quæ loquitur in iudicio mere possessorio sine admixtione proprietatis, in illo enim prima tantum figura, & inspectio nominatorum consideratur, ex l. tamen 45. Tauri, proprietas examinatur, habita ratione illius, qui succedere debet, sive ex verbis institutoris substitutionem habeat, sive ex mente.*

22 Pues para valerse de el medio de la subrogaciõ en las instancias de este Processo, y sentencia de Comission de Corte, les falta a los Contendores de el Marques el llamamiento literal de sus personas en la escritura de el Mayorazgo con q̃ se incluyen; la calidad de hijos de el vltimo posseedor; y ser descendientes de el que formò la instancia; de lo qual resulta por necessaria consequencia, que se incluyen con diverso derecho de el que se litigò en este Processo, y que no pueden representar la persona de Don

Don Francisco, para que puedan verificar las tres identidades, que segun derecho se requieren en los juizios, para que a su favor se le continùe en los efectos de la sentencia.

23 Mayormente ofreciendose tantas, y tan graves disputas para examinar, y decidir los llamamientos de las partes contendientes; por ser constante que para su decision se ha de buscar: Lo primero, el ascendiente comun de sus lineas, que fue Doña Aldonza de Gurrea, la qual constituyò linea habitual para sì, y todos sus descendientes: Lo segundo se ha de averiguar los hijos, y descendientes que tuvo, para saber las lineas habituales que estos formaron, para sì, y los que se deriven de ellos: Lo tercero, si de el modo que el posseedor actual constituye linea de sucession para sì, y sus descendientes, y cada vno de ellos linea diferente del otro, guardando entre sì los que las constituyen la prelacion de el Varon respecto de la Hembra, y de el mayor al menor; se deven tambien constituir las lineas habituales, observando en todo, y por todo las mismas reglas de la sucession lineal, y gozando de las mismas prerrogativas, y privilegios; pues Don Alonso de Gurrea visnieto de Doña Aldonza huvo en hijos a D. Francisco Luis de Gurrea (Padre de la Señora Doña Iosepha Francisca de Gurrea) y a la Señora Doña Elena Maria de Gurrea (Madre de Don Antonio de Benavides) y ningun descendiente de Doña Aldonza ha constituido, ni podido constituir linea de sucession, por no averla llegado a ocupar: Lo quarto, si se ha de deferir la sucession al pariente mas cercano de el vltimo posseedor: Lo quinto, si se deve suceder segun las reglas de Mayorazgo regular, ù de simple masculidad: Lo sexto si las instancias de este Processo se han governado como libres, ò vinculadas, y todo lo demàs que se ha fundado a favor de el heredero escrito.

24 Para lo qual se requiere vn juizio muy plenario, donde se puedan disputar, y controvertir tantas, y tan arduas questiones; de que no puede ser capaz el Processo sumarissimo de reposicion, ex traditis à Postio *de manuten. observat.* 42. *num.* 67. & 68. ibi: *Quinimo in hoc sumarissimo iudicio, nulla exceptio admittitur, saltim quæ sit turbida, & quæ egeat discusione*, Fontanela *de pact. nupt. claus.* 7. *glos.* 3. *part.* 10. *nu.* 75. *tom.* 2. Gratian. *discept. forens. cap.* 906. *num.* 27. y hablando de las questiones de derecho dixo lo mismo Postio *vbi proxime, num.* 72. ibi: *Vel quæ contineret iuris subtilitatem, aut haberet prolixiorem tractatum, seu ageretur de varijs, & diversis iuribus, seu opinionibus Doctorum*; por equipararse à la question facti, ex proxime citatis, quibus addendus Carolus Ruin. *tom.* 3. *consil.* 87. *nu.* 27. & 28. Fussario *de subst. q.* 603. §. *fin.* Argelo *de legitimo contradictore quæst.* 2. *art.* 6. *num.* 207. Cuya opinion se funda en los textos *in leg.* 3. §. *ibidem, ff. ad exhibendum*, ibi: *Si obscurior, vel quæ habeat altiorem quæstionem differendam in directum iudicium, leg.* 3. §. *summatim, ff. de Carboniano edicto*, ibi: *Si verò ambiguam causam, hoc*

est

est, vel modicum, pro puero facientem, ut non videatur evidenter filium non esse, dabit ei carbonianam bonorum possessionem.

25 Y para esta mutua dificultad con que se obstan las pretensiones de los Contendores de el Marques, es texto puntual la *l. Duo sunt Titij 30. ff. de testamentaria tutella*, ibi: *Duo sunt Titij Pater, & Filius, datus est Tutor Titius, nec apparet de quo sensit testator: Quæro quid sit iuris? Respondit, is datus est, quem dare se testator sensit; si id non apparet, non ius deficit, sed probatio: Igitur neuter est Tutor*; y es digno de tenerse presente el motivo yà citado de la sentencia que se diò en el Processo intitulado: *Prioris Prædicatorum, prope finem*, ibi: *Cum itaque, pro qualitate Comitatus ad prætensam repositionem necessario verificanda, tot, tantaque deducant in facto, & iure, nedum turbida, sed mutua contentione obscuriora facta, quarum liquidationis iudicium præsens incapax est omninò, non solum repositio, sed audientia merito denegatur*: porque el heredero escrito tiene a su favor la assistencia de derecho, la qual no se puede elidir con pretensiones dudosas, por la razon de el texto *in l. ordinata* 24. §. 4. ibi: *Ne melioris conditionis sit, qui dubiæ libertatis est, quam qui certæ*, Antonius Faber *in C. lib. 6. tit.* 14. *definit.* 2. *num.* 5. *Et in Regia Valentena Audientia, ex eo precipuè motivo fuit ita decissum, quia intentio fideicommissarij requirebat altiorem indaginem*, Reg. Leo *decis.* 24. *num.* 22. deviendose reparar, que no dize se dudàra de la existencia de el fideicomisso, sino de la pretension de el fideicomissario.

26 Y es doctrina puntual a favor de el heredero escrito el consejo 79. de Ramona *nu.* 12. & 13. ibi: *In hoc iudicio* (habla de el possessorio sumarissimo, segun la l. fin. Cod. de edict. divi Adriani Tollen.) *Hæres scriptus in testamento ultimi possessoris bonorum habet intentionem quoad possessionem bonorum solidis fundamentis innixam, ut scilicet, debeat in eam immitti, vel in iam adepta confirmari. ut constat ex eadem leg. fin. &c. Cuius hæredis scripti immissionem, aut confirmationem possessionis nemo valet impedire, nisi qui vacantem possessionem adeptus sit, habueritque titulum clarum, & nequaquam obscurum, aut requirentem altiorem indaginē, titulo dicti hæredis scripti similē*, citando muchos Autores, y refiriēdo diversos juzgados de el Senado de Cataluña, para mayor, y mas calificada comprobacion de su dictamen; por las mismas reglas se decidieron los diez juzgados de esta Real Audiencia, y Corte de el Señor Iusticia de Aragon, de que haze memoria Suelves en el *lib.* 3. *cons.* 33. *nu.* 12. y en ellas funda su pretension el Marques, esperando la inmission que suplica: *Ne post tantæ Authoritatis senectutem maneant exclusæ*, ut ait Tertulian. *in Apologet. cap.* 3. *mihi fol.* 5. S.S.G.C. Cæsaraugustæ die 23. Ianuarij Anni 1700.

D. Felipe Gracian Serrano.